

《厦门大学法律评论》第5辑  
厦门大学出版社 2003.6 版  
《民事司法改革的法律规制》  
第120页~第148页

# 民事司法改革的法律规制

张 榕\*

## 目 次

- 一、民事司法改革动因及其分析
- 二、民事司法改革的困境
- 三、民事司法改革的出路——合法性控制

始于20世纪80年代中后期的我国法院系统自下而上的民事审判方式改革,已经走过了十多年的历程。回顾往昔,面对现实,如果我们冷静地思考一下,就会发现改革已处于止步不前的境地,许多改革方案也已背离了原本的改革目标。因为,缺乏法律的支持和完整的改革主旨,单纯依凭司法机关和审判人员的直观感觉和改革热情,以“摸着石头过河”作为主导思路,在为各种改革举措提供相当广阔的生存空间的同时,也难免使改革不走弯路,增加改革的成本。尤其是当改革的触角伸向司法体制和司法观念等更深层面时,便不可避免地出现改革的停滞不前、甚至倒退现象。<sup>①</sup>

司法作为权利救济的最后一道防线,民众的期待以及社会的责任都是它所必须承载的。尽管民众可能对司法不公给予了过度的关注,却仍是法

---

\* 张榕:厦门大学法律系副教授。

① 黄松有:《渐进与过渡:民事审判方式改革的冷思考》,《现代法学》2000年第4期。

制进程中司法部门不得不面对的现实。而司法部门在呼应社会的期许时,除了不断改进工作方式外,是否应注意自身行为对社会的示范效应?如果司法改革必须以损害法律秩序为代价,其结果就有可能是改革的成果未得,而法律的权威却被破坏了。事实上,自1978年我国实行改革开放以来,就一直面临着这样的两难境地:不改革没有出路、无法发展,而改革就有可能与现行法律相抵触、违反法律的规定。但是,到了20世纪90年代以后,当我们已建立起一整套比较完善的法律制度,立法环境也相对宽松时,是否仍需要选择这样的路径?民事司法改革并不是我国的专利,近20年来,许多国家也都在不同程度上对司法制度进行改革,从国外的改革经验来看,似乎可以启示我们,合法的改革一样能够成功。因此,对我国民事司法改革进行反思,探求新世纪司法改革的发展方向,具有深远的意义。

### 一、民事司法改革动因及其分析

我国民事司法改革基本上是与《民事诉讼法(试行)》的修改同步进行的。《民事诉讼法(试行)》是我国第一部较为完整的民事诉讼程序法,为法院审理案件提供了明确、系统的程序规则。但它的缺陷也是明显的,即基本上照搬前苏联的强职权诉讼模式,赋予了法院过多的职权与职责,法院的审判活动在诉讼中起着主导的作用,对诉讼的开始、发展和终结,具有绝对性的意义。尽管该诉讼模式对于查明案件事实真相、避免当事人运用诉讼技能误导法官、实现实体公正具有一定积极的意义,但也导致了法官权力滥用、当事人的程序权益保障不足、开庭审理形式化、诉讼不经济等诸多弊端。为此,1991年4月9日颁布的《民事诉讼法》在一定程度上弱化了法院的职权,当事人的主导性则得以加强,包括强化当事人的举证责任,建立自愿调解制度,在财产保全、先予执行及裁判执行上强调当事人的申请等。但改革并未因民事诉讼法的颁行而止步,而是以此为契机,从局部突破,沿着“强调当事人举证责任→庭审方式改革→审判方式改革→诉讼制度改革→司法制

度改革”<sup>②</sup>的路径而全面铺开。其直接的动因则在于：

（一）1991年的《民事诉讼法》在力图建构从职权主义适度向当事人主义转化的诉讼模式时，并未为实务部门的具体运作提供应有的行为准则。

我国1991年颁行的《民事诉讼法》共有270个条款，在当时，是建国以来我国条文最多的一部法律。此后，最高人民法院又颁发了共有320个条款的《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》。可见，相对而言，民事诉讼法体系已初具规模，程序规则也较为完备。但我国的民事诉讼模式在从职权主义向当事人主义转换的过程中，旧有的观念与行为模式仍是根深蒂固，民事诉讼法的规定对理顺民事诉讼体制尽管具有建设性的意义，却仍然无法逃脱我国法律规定可操作性差的宿命。

首先，法律规定的模糊地带仍然较多。例如，《民事诉讼法》第64条第2款规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”但对何为“客观原因”及“审理案件需要”却不明确，之后的司法解释虽然对此作了界定，却仍然规定法院可以调查收集的证据除了当事人及诉讼代理人因客观原因不能自行收集、法院认为需要鉴定、勘验及当事人提供的证据互相有矛盾无法认定的证据外，还包括人民法院认为应当由自己收集的其他证据。从立法的本意而言，也许是为了实现公正而保留法律规定必要的灵活性，但在司法实践中却为法院或法官从行使职权的便利性出发根据需要来解释法律留下了相当的余地。

当然，成文法的局限性也是人所共知的，因为“绝大多数的立法历史表明，立法机关并不能预见法官所可能遇到的问题”。<sup>③</sup>但是，“成文法首先是为规制立法者和司法者而设计的，因为他们是握有权力的社会阶层，有充分的条件滥用权力而徇私舞弊。因此，成文法首先是对权力行使者不信任的物化形式，它将权力握有者的种种私欲、社会关系利益、情绪波动等不规则

---

② 景汉朝、卢子娟：《经济审判方式改革若干问题研究》，《法学研究》1997年第5辑。

③ 梅里曼：《大陆法系》，西南政法学院1983年印，第48页。

因素限制在不得溢出的范围。”<sup>④</sup> 如果我们在法律中为法官行使职权留下过大的自由裁量空间,那么原先为公正而设计的制度却可能产生不公正的结果。我国的立法和司法实践也表明,正是立法中的模糊规定过多,使得我国的法院及法官得以频繁地行使司法解释权,而许多的解释不但离开了法律字面的本意,而且突破了法律的规定,甚至可以无视法律的规定,作出与法律规定不同的解释。因此,我们并不难理解,为何在没有法律授权的情况下,我国法院却可以自下而上或自上而下地轰轰烈烈地进行改革,许多改革措施不但没有法律依据,而且以突破法律为能事,彰显改革者的魄力与才干。

值得深思的是,正如学者所言,程序正义是我国民事司法改革的观念基础,<sup>⑤</sup> 我国的司法改革也是以重塑程序价值为出发点的,但这并不意味着司法改革可以违反程序。法律对于公权力机关和公民进行规范的时候是奉行不同的准则,对于公权力机关而言,法无授权即禁止,对于公民而言,法无禁止即自由。而遵循法律的正当程序恰是制约公权力机关滥用权力的最有效的途径,它也是法治与人治最关键的区分所在。任何决策者在作出决定时,都要把是否合法放在第一位来考虑。即使是政府、法院想为社会办好事、办实事,也必须以行动方案的合法性为前提,“否则,就等于承认掌握公共权力的人可以不受法律约束。如此一来,法治原则就会被彻底摧毁,因为掌权者可以为自己的任何决策找到一个‘良好’的理由,一旦允许在某些事项上权力可以摆脱法律的约束,按照权力的自我扩张本性,就会逐渐演变成权力在一切领域内都摆脱法律的制约。”<sup>⑥</sup>

其次,法律规定抽象、概括,不具可操作性。例如,作为民事诉讼核心内容的证据制度在民事诉讼法中只有 12 个条款,且每个条款都是极其简陋的。而对于举证责任的分配规则、人民法院调查取证的范围和条件、举证期限与证据交换、非法证据的排除、证明标准及法官审查判断证据的标准等皆

---

④ 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》(增订本),中国政法大学出版社 2001 年版,第 172 页。

⑤ 齐树洁主编:《民事程序法》,厦门大学出版社 2002 年版,第 17 页。

⑥ 郑成良:《美国的法治经验及其启示》,《人民法院报》2001 年 9 月 9 日。

未予明确规定。民事案件的审理过程,实际上是一个举证、质证和认证的过程,法律规定的空泛与缺失必然造成当事人与法官的无所适从。

因此,为了引导当事人举证,为了规范质证与认证,在没有法律规定,亦没有司法解释的情况下,各地法院为走出案件审理的瓶颈,只好各显神通,纷纷制定证据规则予以公布并执行。事实上,除了最高人民法院外,我国地方各级人民法院从未曾被赋予司法解释的权力。但在改革中,各地法院不但制定证据规则,也制定程序规则,这种状况既损害了我国法制统一的原则,也使民事诉讼法的权威受到极大的挑战。

可是,如果我们一味地责备法院显然也是不公平的,在体制转换的过程中,在诉讼理念变革的过程中,刚刚从原有诉讼模式走出的中国法官,急需明确具体的法律给予指导,但盼来的往往仍是一个不置可否的答案,因此只能自我解救,也无暇顾及是否背离了法律的原意。同样,最高人民法院的许多司法解释也常常受到质疑,被认为侵蚀了人大的立法权,实际上在做着二次立法的工作。但对于法院系统而言,没有这些司法解释,法院的审判工作在相当的程度上可能就无法规制。我们在法治的进程中总是面临着这样两难的境地,突破法律似乎就是无可避免的选择?这的确令人感到悲哀和沮丧。

## (二)解决案件迅速增加、审判力量不足的矛盾

20世纪70年代末期随着经济体制改革的展开,我国的经济结构和社会生活发生了全方位的调整与变革,民事、经济纠纷案件大量涌入法院。全国法院的受案数在20世纪80年代初期时约为80万件左右,到了1985年法院民事经济的受案就达到了1 070 600件;1990年达到2 440 040件;1995年达到了3 997 339件;2000年达到了5 153 374件,<sup>①</sup>呈现了快速增加的趋势。如果说80年代中期以前,原有的法院审判制度还能够承受民事经济案件的增加所带来的压力,那么,80年代中期以后,这种容纳能力应该

---

<sup>①</sup> 资料来源:相应年度的《最高人民法院工作报告》。

说已经达到了极限。<sup>⑧</sup>

根据 1982 年民事诉讼法(试行)所确立的诉讼模式,法院必须承担调查取证的职责,而在成倍增加的案件面前,法院显然是心有余而力不足,况且包揽查证、认证和裁判,其中立性及公正性本身就备受质疑。因此,案件的压力及理顺法院体制的渴求促使法院对民事审判方式进行改革,改革的突破口便是强化当事人的举证责任。1988 年 7 月 18 日任建新在第十四次全国法院工作会议上的报告中明确指出:“今后要依法强调当事人的举证责任,本着‘谁主张,谁举证’的原则,由当事人及其诉讼代理人提供证据,法院则应把主要精力用于核实、认定证据上。”1991 年民事诉讼法的相关规定体现了这一精神,其对原有计划经济条件下的民事审判模式也进行了较大幅度的修改。

但是,1991 年的民事诉讼法并未为理顺诉讼体制提供较为扎实的基础,在当事人举证后,法院必须当庭质证、认证,甚至当庭作出判决,而在现有的法院体制中,合议庭及独任审判员并无该项权限,法院内部的案件请示审批制度制约了审案法官应有的权限。为了改变这一现状,最高人民法院便出台了审判长选任办法,尽管无论从法院组织法或是民事诉讼法都无从找到设立该项制度的依据。<sup>⑨</sup>这也是我们在改革中经常见到的一种行进的 mode,起初的改革也许是不不得不为之,后续的改革也是为了配合前一改革的推行,但是否也包含着法院系统对社会的一种试探?

当然,我国司法改革的原始的、直接的动因可能在于解决案多人少、社会需求与司法供给不足之间的矛盾,但在这种表象之下,其更深层次的原因应是司法体制自身存在的积弊。事实上,从启动改革之初到今天,已有十多年的历史,尽管改革措施五花八门,不断推陈出新,各级法院为减少积案也绞尽脑汁,例如不断地提高年终结案率。可是,法院的积案仍是居高不下,

---

<sup>⑧</sup> 黄松有:《渐进与过渡:民事审判方式改革的冷思考》,《现代法学》2000 年第 4 期。

<sup>⑨</sup> 正因如此,该项制度设立的合法性及实效性都备受质疑,许多法院所选任的审判长也未达到应有的资格条件。并且,由于改革定位缺乏共识,审判长往往被赋予浓厚的行政化色彩,难以真正发挥作用。

据中新网北京 2000 年 9 月 28 日消息,最高人民法院常务副院长祝铭山称:全国法院清理积案的工作虽取得进展,但仍面临严峻形势,全国法院未结案数量依旧居高不下。他警告说,如果不解决积案问题,就会影响人民法院审判职能的发挥,损害人民法院的威信,损害国家法制的形象,损害当事人的合法权益。<sup>⑩</sup>

自 20 世纪 80 年代以来,各发达国家也普遍地对民事司法制度进行改革,其直接原因在于诉讼迟延、成本过高及程序复杂。当我们与我国法官交谈中提到司法改革时,法官们普遍认为我国民事司法制度不存在上述问题,一则我国民事诉讼法中有明确的审限规定,从每年法院自报的年终结案率来看,一般都能达到 80% 90%,甚至更高;二则我国案件的诉讼费不高;三则我国的民事诉讼程序较为简单。可是,如果我们对各国法院法官每年的人均结案率进行对比,我们就会发现一个有趣的现象:我国内地法官的人均结案率也许是全世界法官中最低的。

据统计,我国内地法官一年的人均结案约为 21 件,而美国法官为 840 件,德国法官为 1 050 件,澳门法官为 2 100 件。<sup>⑪</sup>那么,造成我国内地法官工作效率如此低下的原因究竟是什么呢?除去我国法院行政人员队伍过于庞大及法官未配法官助理的因素之外,更重要的原因应是法官的整体素质偏差、额外附加的政治任务太多及现行的司法体制难以调动积极性。在我国,法官从来就没有形成一个独立的职业团体。由于众所周知的原因,法官长期以来被认为是与其他政府官员别无二致的国家干部,并未被作为一个特殊群体来看待。<sup>⑫</sup>而我国的政治体制似乎也影响了宪法确立的司法独立原则的真正实现,法院自身亦无抗衡各种不当干预的勇气与自觉。有学者便尖锐地指出:“今日之中国法院从表面上看,固不可与往昔同日而语,可是,倘若我们选择社会政治今昔两个横断面进行分析便会发现:法院在政治

---

<sup>⑩</sup> 转引自何兵:《纠纷解决机制之重构》,《中外法学》2002 年第 1 期。

<sup>⑪</sup> 李晓斌:《审判效率如何能有大幅度提高——兼谈基层法院内部改革》,《法学》1998 年第 10 期。

<sup>⑫</sup> 王晨光:《法官的职业化精英化及其局限》,《法学》2002 年第 6 期。

结构中作为被支配一级的地位并无丝毫改观。”<sup>⑬</sup> 中国法院长期被视作统治集团决策的执行工具。同样,现代型法院所具备的公共政策形式功能在我国几乎没有,偶有法院试图通过判决来促使某一公共政策的形成,结果却可能适得其反。<sup>⑭</sup>

因此,运行了十几年、法院系统也尽了最大努力的民事司法改革无论在提高诉讼效率方面,或是在理顺司法体制方面,其成效都与预期的目标或宣传的效果相去甚远。

### (三) 重塑司法权威,疏解民众的不满

司法不公或司法腐败问题,近年来一直是我国民众最为关心的热点问题之一,而随着依法治国原则的确立,尽管法院多年来采取了各种举措改变作风、树立亲民的形象,仍无法平息民众对司法的不满,社会各界对司法不公及司法腐败的尖锐批评也达到了建国以来的空前程度。这种尖锐批评,一方面是对司法工作和法官队伍中固有的和长期积累的问题的理性再认识,另一方面则更多地包含了对真正落实依法治国基本方略,实现司法公正和社会正义的殷切企盼。<sup>⑮</sup>

司法救济在于通过法院的公正裁判来实现社会正义,法官的职责只应是服从法律。因为如果民众从诉讼中无法得到公正的结果,便再无其他途径来保障权利。由此民众对法院的公正期盼应是很容易理解的,事实上,中国民众由于权利意识较为淡漠,其对司法公正的诉求只是一个最低限度的标准,并不是法院所难以承载的,倒是法院自身往往因为过于自信,不适当地介入不应由法院介入的领域,其结果自然是吃力不讨好。<sup>⑯</sup> 同时,我们也应该看到,民众对司法的不满并非毫无来由,司法腐败现象从每年最高人民法院工作报告中对违法违纪法官的处理情况便可略见一斑。例如,1999年

---

⑬ 翟小波:《法院体制自主性建构之反思》,《中外法学》2001年第3期。

⑭ 左卫民:《在权利话语与权力技术之间——中国司法的新思考》,法律出版社2002年版,第6364页。

⑮ 刘会生:《人民法院管理体制改革的几点思考》,《法学研究》2002年第3期。

⑯ 例如,法官到乡镇、企业挂职扶贫,帮忙抓计划生育,主动上门揽案等等。可参见贺卫方:《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社1998年版,第4751页。



3月10日最高人民法院工作报告中指出,1998年全国法院发现错案12045件,对2512名违法违纪的法官和其他工作人员作了严肃处理,其中,给予行政处分的1654人,给予党纪处分的637人,追究刑事责任的221人。其中,受到党纪、政纪处理的地方各级人民法院院长、副院长28人,包括高级人民法院副院长1人,中级人民法院院长、副院长7人,基层人民法院院长20人;被追究刑事责任的3人,高级人民法院副院长一人,基层人民法院院长2人。<sup>①</sup>我们相信,实际的数字可能还要更大一些。这在发达的法治国家中是不可思议的,例如,美国从1789年至1996年200多年间,国会涉及联邦法官的弹劾只有11件,其中4起以无罪告终,7名法官被撤职。<sup>②</sup>

当然,司法腐败并不能完全归罪于法官个人专业素质和道德素质低下,制度上的缺陷也是其中一个方面的原因。但是,令人不解的是,我国法院在司法改革中一直在争取使司法独立变为现实,认为造成今日法院之困境的主要原因在于不当干预和不当监督过多,那么,是否还法院以司法独立本来面目后,我国法官违法违纪的现象就会大幅度减少甚至基本消失呢?对此,并不乐观。美国法官兼学者波斯纳曾经指出:“如果独立性仅仅意味着法官按照他们的意愿来决定案件而不受其他官员的压力,这样一个独立的司法机构并不显然会以公众利益为重;人民也许仅仅是换了一套暴政而已。”<sup>③</sup>尤其在我国,司法权与立法权、行政权一样没有什么特别的支柱,其被滥用、误用所造成的损害一点不亚于行政权被滥用、误用所造成的损害。<sup>④</sup>通过对发达法治国家法官制度进行考察中我们发现,其法官在社会中之所以具有崇高地位,司法公正及法院权威之所以能够得到保障,除了在体制上确保司法权独立、法官具有良好的专业素质外,法官的道德自律亦起了举足轻重

---

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院工作报告》,《中华人民共和国最高人民法院公报》1999年第2期。

<sup>②</sup> 左卫民、周长军:《变迁与改革——法院制度现代化研究》,法律出版社2000年版,第45页。

<sup>③</sup> [美]理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第8页。

<sup>④</sup> 王申:《“千年之交司法改革”国际学术研讨会综述》,《法学》2002年第2期。

的作用。对于我国的法官而言,专业素质的欠缺或许可以通过让优秀的法学院毕业生大量进入法院,或通过其他的培训方式予以弥补。但法官自觉地遵循法律至上的信念并以此作为行为的准则则要困难得多。这一点,我们从我国司法改革中法院出台的各种举措及司法解释中也大致能得出上述结论,许多改革措施并不是为了更好地保障公民的诉讼权,而是以法院自身行使职权的便利和扩大司法权以提高法院的地位为出发点。在这样的动力下,司法改革不被立法机关、政府及民众所配合和认可也就不足为奇了。

法院的公正与权威应更多地依赖于法院自身的努力来实现,法院及法官首先必须对自身进行反思,在中国当今的现实条件下,要完全排除不当的干预显然具有颇大的难度,但在很多情况下,有些法院有能力排除不当干预但根本就不愿去努力,甚至干预未到,便自觉地按照可能出现的压力来设定解决问题的方案,而法律总是作为次要考虑的问题。退一步而言,如果没有来自外界的压力,你又能否做到依法公正地办案?答案并不都是肯定的,我们也不认为法院每年那么多的错案都是外部原因所造成的。因此,一味地责怪制度的缺陷及外部环境的不是,不但不能解决现行司法体制的问题,而且也不是一种负责任的态度。当法院和法官自觉地将法律作为上司,在有限的范围内发挥无限的作用,通过具体案件的审理让民众看到法律的光芒和威力,司法的权威才能真正得以确立。

## 二、民事司法改革的困境

民事司法改革虽然历经了十数载,当我们回过头去看时便会发现,其实从一开始,司法为什么要改革,改革的基本方向、基本目标是什么,就不曾达成过共识。我国的司法改革自始至终都是由法院主导的,在法院内部进行的,呈现出一种封闭性特征。尽管法院系统对民事司法改革充满热情,也倾注了大量的精力,但由于没有得到立法的授权,无论在合宪性方面或是合法性方面都受到了质疑。<sup>②</sup>而作为立法机关,对于长达十几年广泛涉及审判

---

<sup>②</sup> 相关的看法可参见齐树洁主编:《民事司法改革研究》,厦门大学出版社2000年版,第3840页。

方式、审判组织形式、法院内设机构、人事管理制度等诸多与民众司法救济密切相关的司法改革几乎没有作出任何回应,不能不说是一件十分遗憾的事情。

从民事司法改革的成效来看,似乎也远没有达到预期的目标。有学者认为,中国司法改革至今并没有实质意义上的进步可言,其大部分举措是对法院内部工作机制的改革,能称得上实质意义的改革只有统一司法考试。<sup>②</sup>而近年来在全国人大会议上,最高人民法院和最高人民检察院的工作报告虽然都以多数票通过,但却都有近三分之一的反对票和弃权票,引致国人及中外记者的关注。显然,社会的认同度也不高。为此,对国外正在进行的司法改革做一番考察,或许能对我国的司法改革有某些启示作用。

#### (一)域外司法改革经验

与我国几乎同步运行的发达国家的民事司法改革,主要源起于“司法危机”,即国家为充分保障当事人双方攻防机会而设立的严密程序,在经过多年运作后,却出现了诉讼迟延、成本过高及程序复杂等不利于民众利用司法制度的弊端。因为,在民事诉讼中,不但必须贯彻正当和公平的原则,同时也应具有迅速、经济的特点。如果审判程序难以满足普通人们的需要,在通往法的正义的道路上,很多民众就可能被程序的障碍所排斥。<sup>③</sup>制定接近人民并能便于人民采用的民事诉讼程序就成为各国司法制度改革的迫切要求。发达国家的司法改革基本上都是基于该出发点来指导和设计司法改革的方案和目标。

同样,国外在进行民事司法改革时,首先也会遇到合宪性和合法性的问题,对此,各国都十分注重维护法律的权威,即合法性是作出任何决定的前提条件。因此,是否得到法律的授权,是改革能否进行的依据。解决改革合法性控制的途径有二:一是由议会立法进行授权,如美国国会于1990年12月通过《民事司法改革法》来主导改革;二是成立专门的司法改革委员会,或

---

② 王申:《“千年之交司法改革”国际学术研讨会综述》,《法学》2002年第2期。

③ [日]小岛武司:《诉讼制度改革法理与实证》,陈刚、郭美松等译,法律出版社2001年版,第3页。

者由议会以修改法律的方式进行改革,如英国的司法改革就是在其议会下设的独立机构——Law Commission 的主导下进行的。

日本在战后进行了三次司法改革,第一次司法改革是二战结束后在美国的干预下进行的,确立了当事人主义诉讼模式,将司法三曹的培养制度合二为一,并实行了统一的严格的司法考试和司法研修制度。第二次司法改革是从1962年开始的,主要在于解决诉讼周期过长及诉讼效率低下的问题,它为实现方便国民利用纠纷解决手段及提高诉讼效率起到了积极的作用。第三次司法改革始于1999年7月,根据日本《司法改革审议会设置法》的规定,此次司法改革设立了专门机构——司法改革审议会。其成员来自日本的法律界、教育界和企业界,由法律专家、知名学者、知名企业家和律师组成。该机构主要是负责搜集、整理日本各界对司法改革的意见,组织有关人员就司法改革进行讨论,最后要向内阁提出司法改革的方案。<sup>④</sup>在该机构的领导下,社会各界对司法改革的讨论和意见能够迅速地得到反映和协调,确保了司法改革能在统一的计划下进行运作。日本此次司法改革的核心理念是司法应当最有效地保护国民的利益并能适应经济和社会发展的需要。司法改革的工作都是在严密的计划下进行,在改革中必须遵循以下两个原则:一是司法改革应依法进行,在现行法律未作出修改之前,决不允许以改革的名义破坏国家的法制;二是司法改革的各项方案都要经过充分的论证之后才可确定。在这样的前提之下,改革的有序推进便有了十分坚实的基础,也为改革的最后成功创造了良好的条件。

英国的民事司法改革于1994年正式启动,由英国大法官(Lord Chancellor)任命沃尔夫勋爵牵头负责这项改革。沃尔夫勋爵于1995年6月发表了题为《走向正义》的关于英格兰及威尔士的民事司法制度改革中期报告。1996年7月,发表了最终报告。1998年,以以上两个报告为基础的新

---

<sup>④</sup> 潘剑锋:《从日本第三次司法改革看我国司法改革存在的问题》,《法学》2000年第8期。

民事诉讼规则出台,并于1999年4月26日生效实施。<sup>⑤</sup>事实上,针对英国民事司法制度原先存在的诸如高额诉讼费用和漫长诉讼过程等问题,英国已进行了长时期的改革,只是原先的改革大多着眼于诉讼制度的某一方面或某一具体环节,而局部性的改革由于与旧制度之间相互排斥,往往产生不了预期的效果,即使有效果,多数会被其所带来的负面影响所掩盖。此次的英国司法改革则是一次从哲学基础到具体制度,从民事诉讼程序到各个配套制度的全方位、多角度、深层次的改革。<sup>⑥</sup>英国司法制度存在的主要问题在于过度的当事人对抗主义造成诉讼繁琐、拖延与耗费,因此其改革方向为将案件的控制权适当地由当事人手中转移到法官手中,强化法官对案件的管理权,并根据案件的不同情况设立了小额求偿程序、迅速程序和多极程序以方便民众利用司法制度。此外,英国对与民事诉讼制度有关的配套制度如法律援助、律师收费及ADR制度的改革也对司法改革的成功起到了积极的作用。

德国的司法改革源起于司法体制所承受的过渡负担,例如,1991年德国一审民事案件为163万件;1993年就增加至208万件;1994年达到212万件。<sup>⑦</sup>

而其法院体系分工的过于繁杂也阻碍了民众正确地选择法院。德国由

---

⑤ 齐树洁:《接近正义:英国民事司法改革述评》,《人民法院报》2001年9月12日。

⑥ [英]A·A·S·朱克曼:《英国民事诉讼的改革》,叶自强译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第6卷),法律出版社1997年版。

⑦ 吴杰编译:《德国民事诉讼改革》,载陈刚主编:《比较民事诉讼法》(2000年卷),中国人民大学出版社2001年版,第278页。

于诉讼费用低廉、<sup>②</sup>司法公信度高及民众的法律意识较强,一旦发生纠纷,民众多愿诉请司法解决。但案件数量的不断增加及上诉率的居高不下,司法制度不堪重负,因此,简化诉讼程序、加快诉讼进程及加大审理的集中度便成为司法改革的方向。德国的民事司法改革主要是通过修改民事诉讼法进行的,1877年颁行的《德国民事诉讼法典》,至2000年,已经修改过96次,最近的一次修改是2000年9月6日。改革的主要内容包括:小额案件可以采用简化的程序进行审理,可以不进行言辞辩论,判决可不附事实;扩大适用由独任法官审理的案件,以提高法院系统受理案件及处理案件的能力;将诉讼分为书面准备程序和主辩论两个阶段,通过对言辞辩论进行书面准备,以使裁判尽可能在一次言辞辩论中作出;简化上诉程序并对上诉适当地加以限制,使之主要用于法律审。<sup>③</sup>此外,德国也对法院体系结构、一审法官的配备等进行改革,同时大力推广ADR制度,以缓解法院运作的紧张状况。当然,在司法改革中,德国也十分注意对改革的合宪性控制,因为根据德国宪法,当事人有依法获得公正审判的权利,如果当事人认为为提高诉讼效率而设置的诉讼制度有可能构成了对公民宪法性权利的侵犯,可以因此提起宪法诉讼。

从以上对发达国家司法改革的考察中,我们可以得出以下结论:

1. 确保民众更好地利用司法救济制度是一切司法改革最根本的出发点。因为就实质而言,法律问题与国民的生活问题总是密切相关的,司法制度不是为了法律专家们而存在,而是为所有国民的司法福利而存在。法院的本质功能在于个人权利的保障、国家惩罚权的适当行使、人权保障以及对

---

② 德国的诉讼费用与普通法系国家相比要低得多。同时,德国为保障民众接近司法,大力推行诉讼保险制度,一般民众只要支付一定数目的较为合理的投保费就能获得接近正义上的保障。据统计,德国约有一半以上的人口参加了诉讼保险。其诉讼保险的承保范围相当广泛,几乎涵盖了与消费和财产有关的一切诉讼风险。投保人在遇及法律问题时,可以首先直接找律师进行法律咨询,并在充分了解胜诉可能性的基础上再决定是否提起诉讼,而这其中所涉及的律师费用则由保险公司支付。参见陈刚主编:《比较民事诉讼法》(2000年卷),中国人民大学出版社2001年版,第151页。

③ 齐树洁:《德国民事司法改革及其借鉴意义》,《中国法学》2002年第3期。

国家权力和各种社会力量的牵制。<sup>①</sup> 司法的目的在于实现社会正义,但在当今世界,民事司法制度不能满足现实的需要是大多数国家所面临的共同的问题。高额的诉讼费用与漫长的诉讼过程已成为人们寻求司法救济的重大障碍,法院无法为保障权利和解决纠纷提供有效的途径。如何为民众提供一条简便快捷的司法救济途径便成为司法改革共同的目标。无论是立法机构或是法院都应民众的利益及对司法的诉求,作为设计改革方向和具体措施的第一考量。

2. 司法改革必须经过周密的计划和充分的论证。民事司法改革是一项庞大的系统工程,必须有一个经合法授权的具有权威的国家机构进行统筹规划、领导、监督。<sup>②</sup> 例如,日本为司法改革而制定的《司法制度改革审议会设置法》,对审议会如何成立,成立之后应在多长时间内确定司法改革的方案,在此期间内什么时候应开展什么工作,都有严格的时间要求和工作程序安排。司法改革应广泛征求社会各界意见,举行各种听证会,并在充分论证后将改革意见报告书提交给内阁,使得改革的方向和目的明确并具有可行性。英国司法改革在沃尔夫勋爵的领导下,为数众多的专家学者参加了研究调查工作。英国为司法制度的改革作了大量细致的前期准备工作,几乎所有的民事司法制度中存在的问题都被研究者用统计数字加以证实和说明,使得改革能充分地反映民意,并能有效消除原有诉讼体制的积弊,为改革的最后成功奠定坚实的基础。

3. 司法改革必须得到法律的授权并依法进行。法律必须得到遵守,这是法治国家首先必须遵循的原则。法律的作用在于规范人民以及国家机关的行为,使人民和国家机关按照法律的既定规则行事,从而营造一种有序的社会环境。<sup>③</sup>

正如英国大法官丹宁勋爵所言:“即使出现混乱,法律必须执行。”无论

---

① [韩]郑二根:《韩国司法独立与司法改革》,载陈刚主编:《比较民事诉讼法》(2000年卷),中国人民大学出版社2001年版,第305页。

② 齐树洁:《接近正义:英国民事司法改革述评》,《人民法院报》2001年9月12日。

③ 何兵:《法律的雷池不容逾越》,《人民法院报》2002年5月13日。

是法院,或是其他机构均不可出于“善意”或“迫切需要”而不遵守既定的法律。因此,国外的司法改革都十分重视改革合法性的控制,例如,日本的司法改革在法律没有修改之前,哪怕在一个法院试点都是绝对不允许的,否则法律的尊严就会被破坏。没有得到法律的授权,法院无权推出或执行突破法律规定的改革方案。即便是英美法系国家明确赋予法官司法解释权,其司法改革也都是在立法机关的主导下进行的。显然,合法性是司法改革得以展开的惟一依据。

## (二)我国民事司法改革的瓶颈

我国的民事司法改革,自始至终都是由法院主导并在法院内部进行,基本上是沿着自上而下和自下而上两个途径逐步推进的。前者由最高人民法院颁布司法文件指导改革,如1998年《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》及1999年《人民法院五年改革纲要》,且不论以司法文件来规制司法制度的改革是否合宪,单从《人民法院五年改革纲要》的内容来看,其不但突破了现行《民事诉讼法》的规定,而且突破了《宪法》及《人民法院组织法》的有关规定,如果没有立法部门及相关部门的支持,其难度不言自明;后者则由下级法院发挥积极性进行制度创新,在证据制度、庭审方式、审判组织等方面大胆尝试,从中摸索经验以供最高人民法院在条件成熟后向全国法院推广,这种各行其是的做法不但危及法律的统一性,而且成本高,也会使当事人无所适从,最终将会损害司法权威。

司法改革的价值取向是秩序,稳定是第一位,因此司法改革必须依照法定程序,有步骤、有计划、有目的地进行,既不允许别的机关越俎代庖,也不允许司法机关自己反复试验和探索,司法机关“一计不成又生一计”的折腾是热情的错误释放。<sup>③</sup>而且,与发达国家的司法改革不同的是,我国司法改革所担负的责任更为艰巨,面临的阻力也更大,因为在法治成熟的国家,其司法改革不必触及司法体制,改革针对的主要是技术性和功能性的问题。而我国的改革不但涉及具体诉讼制度的运作,也涉及司法体制的变革。从深度讲,中国正在把一个根据计划经济和行政权力至上的模式设计的司法

<sup>③</sup> 孟勤国、向甬:《论中国司法改革》,《现代法学》2000年第6期。



制度改革成为现代化的、对内与社会主义市场经济相适应的、对外与国际规则相衔接的司法制度。从广度讲,中国司法改革是全方位的,既包括制度层面的改革,也包括技术层面和文化层面的改革。<sup>⑨</sup> 对于有着这样宏大目标的司法改革,没有全盘的规划,没有充分的论证,没有社会各界的支持,没有合法的基础,奢望其成功显然是不现实的。近年来,司法改革已举步维艰,甚至有倒退的现象,法院自身也陷入骑虎难下的尴尬境地。

从民事司法改革十几年的实践来看,其面临的困境主要有:

1. 缺乏一个主导司法改革的合法机构。司法改革面对的是法律制度,如果没有法律的授权,也就缺失了正当性的依据。国外司法改革都是由法律授权先行成立一个主导改革的机构或指定专人牵头负责,并对其职权作出明确的界定。改革的主导机构应对司法改革进行宏观规划,对司法改革所要达到的目标应有明确的认识,并有能力协调各权力部门之间的关系,使改革最后能在各界的支持下取得成功。

而我国的民事司法改革完全由法院主导,不但没有社会各界的参与,而且连律师界、法学理论界及其他的司法机关都被排斥在外。我们认为,法院应该是司法改革的积极参与者,但法院无权自命为司法改革的设计师,更无权在法律未作出改变之前将法律抛之一边,充当起立法者来。违法用权,只会进一步削弱司法权威。

首先,司法改革的理念混乱。由于缺乏完整的改革主旨,只能是为了改革而改革,其结果就可能造成混乱。例如,对于司法改革的目标,法律界内部多从法律职业化和司法独立的角度考虑,因而希望通过独立而达到公正;法律界之外的人们则更多地寄希望于监督,认为司法不公正的基本原因是法官权力的不受控制,应强化对法院以及法官的控制。这种不同指向的改革相互抵消,结果又进一步加剧了社会对司法的不满以及控制与“监督”的强化。控制的强化不仅削弱了本来就很脆弱的司法独立,更使得司法界自身的改革步调和方寸趋于更大的混乱。我们今天所面临的正是这样的恶性

---

⑨ 信春鹰:《中国需要什么样的司法权力》,《环球法律评论》2002年春季号。

循环。<sup>⑤</sup>又如,我国司法改革的任务之一,就是要改革法院体制内部“官僚化”和“等级制”的设置,但在旧的行政等级体制基本未受触动的前提下,又设立了带有浓厚行政色彩的审判长制度。<sup>⑥</sup>显然,不论法院与外部,或是法院内部,改革理念都是相互矛盾、彼此混乱的。因此,对于改革的必要性、改革的方向和目标应由全社会认可的代表机构来指导论证,对于任何一项改革方案都必须经过周密的设计和考虑,在形成共识后,方可组织实施。

其次,法院自身主导的改革必然带有局限性。由于没有通盘的计划,法院的改革多是从法院现实的需要和利益出发。例如,2000年7月11日最高人民法院颁发的《人民法院审判长选任办法(试行)》规定中级以下人民法院只要具有大专以上学历就可被选任为审判长,该标准的设立或许是充分考虑了我国法院法官的具体情况。但2001年6月30日修订的法官法规定,具有本科及以上学历者方具有法官的任职资格。虽然法律没有溯及力,但如果在现有的条件下,连法官的任职资格都不具备的人却可以担任审判长,是否为社会质疑法官素质提供了一个极好的例证?又如,司法改革的本意是要还司法权的本来面目,使司法权独立于行政权和其他权力部门。在法治国家中,法院往往居于社会关系调整过程中的核心地位,但我国的法院在整个国家的权力结构中仍处于相当边缘化的地位,司法机关为了改变这种边缘化的地位,想方设法,一方面向权力部门示好,另一方面,在社会中更多地以威武示人。<sup>⑦</sup>前者如2001年11月6日最高人民法院出台的《地方各级人民法院及专门人民法院院长、副院长引咎辞职规定(试行)》,明显地以行政手段来管理司法机关,将司法权等同于行政权,作为最高人民法院不可能不深谙其中的道理,但其出台这样一个改革措施并不能简单地归咎于迫

---

⑤ 贺卫方:《改革司法改革》,《人民法院报》2002年1月4日。

⑥ 学者认为,有关司法文件分配给审判长的权力更多的是行政权而非审判权,审判长的设置实际上是在法官和原来的法院内部体制之间又设立了一个职级。参见信春鹰:《中国需要什么样的司法权力》,《环球法律评论》2002年春季号。

⑦ 贺卫方:《司改:四组矛盾,八项课题》,载李富成主编:《北大法治之路论坛》,法律出版社2002年版,第452页。

不得已而为之。<sup>⑧</sup> 后者如日益威严的法院建筑造型和建筑结构。正如学者所言,只要稍加考察,就可以发现,法院的建筑大多正确地贯彻了庄重、威严这一理念。这也是检察、公安机关所体现的理念。有的法院办公大楼的前面,还蹲着两个大的石狮子。张着大口,不禁令人想起古代的衙门。<sup>⑨</sup> 因此类似于上述的改革,不但无助于问题的根本解决,反倒为未来的改革加大了成本。

此外,法院的改革只要一触及体制便无功而返,司法权如何定位,在国家的权力结构中能给予其多大的自主权,显然都不是法院自己能说了算。对此,著名法理学家、中国政法大学教授徐显明先生便一针见血地指出:“中国的司法制度要从制度上进行全面设计,就必须有一个宪法上的机构来完成,系统内的改革遇到的最大障碍是制度,在不能突破制度性障碍的前提下,所有的改革都给人一种非驴非马的感觉,而超越制度的改革只有在宪法的框架内进行。所以,应当在宪法的基础上形成司法改革的主体,并且重新认识我们的司法权。”<sup>⑩</sup>

2. 司法改革的措施没有经过充分的论证,使改革的成效难以凸显。任何一项改革措施,尤其是超越现行法律的改革措施,如果没有对其可行性进行充分的调查和论证,没有对其可能产生的消极及积极的作用给予充分的考虑,没有通过修法以贯彻实施,都是不可能成功的。从多年来法院改革措施层出不穷,但却收效甚微,便可很好地得到印证。

首先,未经合理论证的改革措施在张扬某一种价值理念时却舍去了更为重要的司法价值内涵。最为典型的如“一步到庭”措施的推出与实施,在

---

⑧ 在该措施出台后,最高人民法院一位要求不披露姓名的领导对记者直言不讳:“为什么现在又强调追究院长责任?这个决定的出台与大环境和体制有关,确实与司法改革的大方向不符,是在强化行政权。这是因为,我们各行各业习惯强调行政权,也不管法院的特点,就把它当成一个行政机关来看待。这其实是一种迫不得已的迁就。事实上,司法改革决不能迁就外界因素,否则改来改去一事无成。”参见郭国松:《法院院长能否引咎辞职?》,《南方周末》2001年12月20日。

⑨ 张卫平:《建筑与法治理念》,《法学》2002年第5期。

⑩ 郭国松:《法院院长能否引咎辞职?》,《南方周末》2001年12月20日。

1993年以来全国各地法院普遍实行了一步到庭即在立案后就直接进入开庭审理的审理方式,推出该项举措的本意在于简化庭前环节,使案件事实的调查认定、双方当事人责任的划分、法律政策的适用、实体问题的处理都在庭审中完成。<sup>①</sup>同时,更重要的也许是为了尽量避免法官在庭前接触当事人,过早地介入当事人的纠纷之中,丧失其中立性。<sup>②</sup>尽管法院推出该项改革举措的目的是为了保证法官公正审理案件,但在实际运用中却出现了诉讼突袭、多次开庭反复开庭的违背公正与效率目标的预想不到的结果。由于缺乏必要的庭前准备,使得案件必须反复开庭方能查清事实,而诉讼中的突袭无以保障当事人真正公平运用防御手段。

事实上,英美法系国家都规定了较为完善的审前准备程序。德国和日本曾采用“一步到庭”的审理方式,把确定争点和整理证据的诉讼机制与法院开庭审判的诉讼机制合为一体,经多年司法实践,发现该方式导致常常需开庭五、六次方能弄清争点,而一旦当事人提出新的攻击和防御方法,又要重新开始辩论,造成诉讼效率低下。因此,德国、日本在修改民事诉讼法时进行了改革,将争点与证据整理的准备阶段分离出来,并改证据随时提出主义为适时提出主义,扩充和完善收集证据的手段和程序,引进美国民事诉讼审前发现程序中当事人之间进行质证的诘问书制度,以提高诉讼效率,更好地保障当事人双方的合法权益。同样,美国民事诉讼中高达95%的庭前和解率也与其完备的审前准备程序密切相关。<sup>③</sup>

其次,在民事诉讼模式转换过程中,一方面强调对当事人程序权利的保障,另一方面却忽略了原有的有利于民众接近司法的相关制度的利用。例如,关于法院调解制度。我国法院调解制度一直被国外称为“东方经验”,在司法实践中也起过十分重要的作用,但在以往的民事审判中,由于过分强调调解,出现了违背当事人意愿、强制调解等副作用,因此,在司法改革中许多

---

① 最高人民法院民事审判庭编:《改进民事审判方式实务与研究》,人民法院出版社1995年版,第81页。

② 张柏峰主编:《审判方式改革通论》,人民法院出版社1999年版,第298页。

③ 白绿铨译著:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1996年版,第86页。

人对法院调解提出了质疑,认为调解总是以牺牲一方当事人的某些利益为代价,应减少调解或取消调解制度。从有关方面的统计数字来看,我国法院的调解结案率也呈逐年下降的趋势,已经从80年代末的70%以上降到90年代末的40%左右。<sup>④</sup>但与此相对应的是,在一些法制高度发达的国家,却越来越重视调解及和解制度在民事诉讼中的作用。西方国家在司法改革中,不但在诉讼中力主当事人通过和解解决纠纷,而且将非诉讼解决机制即ADR引入法院,目的便是促进当事人和解。英美在民事诉讼中真正进入开庭审理并由法院作出判决的不足10%,日本也有80%以上的案件通过调停及和解解决。<sup>⑤</sup>可见只要程序规则合理,当事人的处分权充分得以保障,调解制度便能发挥其优越性。

又如,关于简易程序的适用。我国地广人多,但经济不发达,小额纠纷占了民事纠纷的绝大多数。正如台湾学者邱联恭所言:“小额纷争问题占整个社会纷争问题之绝大部分,因为一个人一辈子很难得有机会打几百万元之官司,但每个人每天都多少有可能遇到自己所买的东西或所交易的事物有瑕疵之问题。对由此所引发的纠纷倘未能合理解决,想使法制在一个社会生根是相当困难的,因为人民难以将诉讼制度、司法裁判或法律制度当成生活之一部分。”<sup>⑥</sup>我国民事诉讼法虽然规定了简易程序用以审理简单的民事案件,但普通程序与简易程序的界限不清,并未为小额纠纷提供一个高效简便的索赔机制,使得民众在遇及小额纠纷时,依现有诉讼程序索赔往往得不偿失,只能却步于司法救济面前。在司法改革中,由于片面地强调司法权威,片面地强调正当程序,使对简易程序及小额诉讼机制的研究与探讨基本被忽略了。

国外司法改革中,为解决诉讼迟延和诉讼成本过高的问题,普遍重视对小额赔偿诉讼制度的完善,例如日本于1996年完成了民事诉讼法的全面修

---

④ 范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版,第581582页。

⑤ 白绿铨编译:《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000版,第7页。

⑥ 邱联恭:《司法之现代化与程序法》,台湾三民书局1997年版,第277278页。

改,此次修改最引人注目的内容是增加了小额裁判制度,专编规定了小额诉讼程序。根据该规定,在简易裁判所,诉讼标的在30万日元以下的争议经当事人申请可采用小额诉讼程序,通过禁止反诉、一次审理结案、简化证据调查及证人询问、禁止上诉等措施,使标的较小的纠纷也能及时得到司法救济。我国虽一向遵循“两便原则”,但对小额纠纷既无设定专门的小额法庭或简易法院,又无明确规定小额纠纷的讼争金额,审理程序上也与普通案件无实质区别,使得当事人及法院都要花费大量的精力、费用,小额诉讼成本过高,对于民众权益的保障是极为不利的。因此,我们在司法改革中除了强调程序的正规化外,也应根据我国小额纠纷大量存在的现实,为小额纠纷提供一条简便、高效、低廉救济途径。因为小额诉讼程序体现着当代司法改革的另一种动向或理想,即如何从当事人的角度出发减少纠纷解决程序的对抗性、减少法律的高度专门、技术化的程度,使当事人参加成为现实。<sup>⑦</sup>

事实上,近年来,随着改革难度的加大,法院系统多回过头来强调对调解制度及简易程序的使用,也充分注意到只有让民众更方便接近司法,方能真正实现国家设定审判权和设置法院的目的。<sup>⑧</sup> 最高人民法院也将《关于适用简易程序审理民事案件的若干意见》征求意见稿下发各级法院,准备制定有关简易程序的司法解释,扩大适用简易程序的范围,甚至二审法院也可适用简易程序审理案件。由此可见,我们的司法改革总是不断地在走弯路,何地是岸,连法院自身也不清楚。

### 三、民事司法改革的出路——合法性控制

尽管我国的司法改革存在不少问题,许多改革的措施也未达到预期的目标,但不可否认的是,十几年来民事司法改革的最大成效也许是对人们诉讼理念的冲击,在树立正确的诉讼观、厘清不当的职权干预、回归法院的中立性等方面显然功不可没。我们在对司法改革进行反思时,并不是要否定

---

<sup>⑦</sup> 范愉:《非诉讼纠纷解决机制》,中国人民大学出版社2000年版,第414页。

<sup>⑧</sup> 黄松有:《与时俱进的“两便原则”:民事审判改革的指导思想》,《人民司法》2002年第4期。

司法改革,而是寄望司法改革在选择合理的路径后,能够真正确立科学、独立的司法体制,实现司法为民的目标。

从我国民事司法改革的内容和目标来看,不但触及宪法的规定,亦涉及法院组织法和民事诉讼法的规定,大到司法体制的重新定位,小到具体诉讼制度的合理配置,无不需要法律的明确界定。合法性控制应是民事司法改革的惟一出路。

#### (一)司法体制的理顺需要得到宪法的支持

司法独立是法院公正审理案件的基础。司法独立原则得到了当今各国宪法和法律的普遍确认,1985年8月在意大利米兰举行的第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于司法独立的基本原则》要求:“各国应保证司法机关的独立,并将此项原则正式载入其本国的宪法或法律之中,尊重并遵守司法机关的独立,是各国政府机构及其他机构的职责。”(第1条)“司法机关应不偏不倚、以事实为根据并依法律规定来裁决其所受理的案件,而不应有任何约束,也不应为任何直接或间接不当影响、怂恿、压力、威胁或干预所左右,不论其来自何方或出于何种理由。”(第2条)

我国宪法第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”人民法院组织法第4条也作了同样的规定。可见,我国的司法独立是有法律保障的。但是,我国的司法独立制度在实际运行中并不理想,来自各方面的不当干预常常使法院无法完全依照法律作出公正的裁判。其主要原因在于:一方面,我国宪法和法律虽然对司法独立作了原则性规定,但是没有规定配套的保障制度,为政党和行政干涉司法留下法律制度上的隐患,使得司法机关在人、财、物等事关“命脉”的问题上处处受制,难以独立;<sup>⑨</sup>另一方面,法律未为司法权制衡其他权力提供必要的空间。美国宪法起草人汉密尔顿认为,在三权分立的体制下,司法部门是最脆弱的一个部门,它既不掌握钱包,也无法支配武力;既不能指挥社会力量,也不能支配社会资源。司法部门不可能顺利地攻击其他任何一个部门。根据司法功能的性质来看,它对宪法所规定的人民政治权利的威

<sup>⑨</sup> 万春:《论构建有中国特色的司法独立制度》,《法学家》2002年第3期。

胁性最小,属于危险性最小的部门,为了在三权中实现权力平衡和制约,应当使司法机构掌有司法审查权力,因为法院的存在,就是要宣布一切违反宪法本意的法案无效。当然法官在行使司法审查权时,必须注意民意。司法审查并不是使司法权优于立法权,只是说当议会在其通过的法案中所表现的意志,与人民在宪法中所表现的意志相冲突时,不是以议员们的意志为准。<sup>⑤</sup>当然我国的司法独立并不是按照三权分立的模式建立的,而是在国家权力机关人民代表大会的统一监督下,根据国家职能分工原则由法院独立行使审判权,司法与立法、行政不是权力分立的关系,只是国家职能分工的不同。但是,在我国的权力体制中,司法权显然是最弱的,各级党政机关掌握着法院的人事权和财政权,而法院在权力配置中却无法反制约,不足以抗衡其他任何的权力。<sup>⑥</sup>

现代法治的精神在于对国家权力的有效制衡和对人民权利的充分保护,而只有通过国家权力实行合理分工,才能建立有效的权力制衡机制,并使人民的权利得到充分保障。<sup>⑦</sup>正如马克思所说:“法官除了法律就没有别的上司。”“法官的责任是当法律运用到个别场合时,根据对法律的诚挚的理解来解释法律。”<sup>⑧</sup>司法独立作为公正司法的基本前提需要得到宪法的保障,从我国的现实情况来看,在宪法中只确立司法独立的原则显然是不够的,我国是一个缺乏法治传统的国家,人治的观念仍是根深蒂固,如果在宪法中不能为司法独立提供足够的制度保障,不能为法院独立行使职权提供必要的条件,司法权被行政权及其他权力侵蚀的现象就无法杜绝。另一方

---

⑤ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第154页。

⑥ 学者认为,尽管理论上司法权与行政权是平行的,但是作为国家行政首脑的总理和作为审判机关首脑的最高人民法院院长,作为最高人民检察院首脑的检察长完全不是一个等级。行政权力本身具有积极、能动、扩张的特点,无处不在、无时不有,中国的行政权力更是如此,被公众俗称为“五大班子”的权力体制(即党委、政府、人大、政协、纪检)中完全没有司法机关的地位。参见信春鹰:《中国需要什么样的司法权力》,《环球法律评论》2002年春季号。

⑦ 王利明:《司法改革研究》,法律出版社2001年版,第109页。

⑧ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第76、178页。



面,宪法还应为司法权制约行政权和立法权等设置一定的权限。司法审查已是现代主张法治的国家所普遍采纳的一项重要法律制度。各国的宪政体制虽然有所不同,但由法院行使司法审查权对有效抑制行政权及其他权力的滥用却被证明是必要的。我国1989年颁布的行政诉讼法赋予法院对行政机关具体行政行为合法性进行审查的权力,使我国的宪政体制的建设向前迈进了一大步。<sup>⑨</sup>

从宪法上理顺我国现行法院的体制是十分必要的,司法改革的成功不但要依托合理设置的法院体制,更要有宪法上的依据,它也是司法改革能否取得实质性进展的关键所在。近年来进行的司法改革一直企望在不改变现行法院体制的前提下完善审判制度,但举步维艰,无法达到预期的目标。因此,由立法机关主导成立司法改革机构,对我国司法改革的目标和步骤进行充分的论证,并通过修改宪法和法院组织法重新定位法院的功能,应是司法改革无可回避的路径。

当然,法院系统自身也有责任为理顺法院体制发挥应有的作用。首先,法院应当摒弃一方面寻求司法独立,另一方面又以攀附行政权力为荣的指导思想。如前所述,从法院近年来推出的改革措施来看,不断体现这种矛盾心态,法院管理的行政化既有外部体制的原因,也有法院依借行政权力张显权威的企图。其次,法院应确保选任真正具备法官资格的人担任法官的职务。司法独立不但体现为司法权的独立及法院的独立,亦要最终落脚于法官的独立。而法官的独立意识则仰赖于其自身对法律的信仰,尽管多年的法律专业培训未必能使每一个受训人都树立法律至高无上的信念,但法律至上的职业精神、符合法律逻辑的思维习惯,离开了大学法学院期间的长期感悟和体认,是难以养成的。季卫东先生认为,职业法律家之所以在现代国家享有举足轻重的地位,不仅在于他们掌握了法律专业的知识技术,尤其重要的是他们通过法学教育和实践体验所形成的独特的思考方式适应了时代的需要。它首先表现为依法办事的“卫道精神”;其次,具有“兼听则明”的长

---

<sup>⑨</sup> 莫纪宏:《宪政新论》,中国方正出版社1997年版,第189页。

处;再次,是以三段论推理为基础的思维方式。<sup>⑤</sup> 因此,发达国家的法官都是由职业法律从业者组成,例如,美国法学院的学生都必须先取得其他专业的学士学位,毕业后还要经过多年律师生涯才有可能被选任为法官;法国、德国、日本的法科毕业生要经过难度极高的国家统一司法考试,并经过两年的司法研修,方有可能被任命为助理法官。

如果我国不能在一定时期内建立起兼具优秀专业涵养及严格自律精神的法官职业群体,任何司法改革的目标都可能只是看上去很美。值得庆幸的是,我国2001年6月30日修订的法官法将法官的任职标准中的学历要求提高为本科以上,从2002年起我国实行国家统一司法考试,初任法官必须按照德才兼备的标准,从通过国家统一司法考试取得资格,并且具备法官任职条件的人员中择优录用。但是,除了严把进入关外,如何提高现有法官专业素质及道德水准,应是更为迫切的问题。我们认为,对于优秀的法官应隆其地位,厚其待遇,对于无法在限期内达到法官任职标准的不应再许可其担任法官。

## (二)民事訴訟法的修改是司法改革得以展开的必要前提

我国民事诉讼法颁布已经十年多了,作为法典文本,应当具有相对的稳定性,立法者在立法时也应尽可能根据事物发展的规律,充分预见未来的发展,制定出具有超前性或前瞻性的法律规范。但是,从理论上讲,任何法律从产生之时起就已经属于历史,社会总是变化发展的,因此,当社会的变化发展到一定程度时,就要求法律制度有相应的发展,否则将制约社会的发展。<sup>⑥</sup> 在这十年中,我国社会经济基础发生了巨大的变化,民事审判制度改革的许多做法已经超越和突破了民事诉讼法的规定。现行法律的规制所形成的约束使司法改革处于这样一种窘境:要么系统地修改法律,实行真正意义上的“变法”,要么只能在法律框架内进行局部的调整。<sup>⑦</sup> 近年来,不论是

<sup>⑤</sup> 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第199201页。

<sup>⑥</sup> 张卫平:《我国民事诉讼法的发展与体制性制约的分析》,《法律科学》2001年第5期。

<sup>⑦</sup> 顾培东:《中国司法改革的宏观思考》,《法学研究》2000年第3期。

实务界或是诉讼法学界都意识到应当将修改民事诉讼法提上议事日程,<sup>③</sup>它也是司法改革得以展开的必要前提。

首先,民事诉讼体制的理顺必须通过修改民事诉讼法方能实现。民事诉讼体制是民事诉讼的运作机制,我国1982年的民事诉讼法建立了民事诉讼体制的基本格局,1991年的民事诉讼法为适应市场经济的发展做了较大的调整,弱化了法院的职权色彩,强化了当事人的主体性。但是,总体而言,我国的民事诉讼体制是在我国社会转型前形成的,具有转型前的体制特征,而这种体制对民事诉讼法的进一步发展已经产生了内在的制约。<sup>④</sup>例如,在程序的启动上,尽管民事诉讼法将大多的程序启动权交由当事人行使,但仍保留了法院对保全程序、调查取证程序及再审程序等的启动权。又如,在民事诉讼模式向当事人主义转换后,虽然客观真实是诉讼证明的最高标准,但法律真实是民事诉讼证明所能达到的证明标准,也是各国民事诉讼法所共同确立的证明标准。但我国民事诉讼法一方面将举证的职责赋予当事人,另一方面却仍将客观真实作为民事诉讼的证明标准。凡此矛盾皆说明了在新旧体制的转换过程中,诉讼制度也同样面临突破与保留的拉锯,一方面,我们希望接纳先进的法律制度以完善诉讼体制,另一方面,浓厚的职权色彩仍是挥之不去。因此,民事诉讼法刚颁布,旨在更新原有诉讼体制的民事司法改革便如火如荼地展开,显然,1991年的民事诉讼法并没有能够为所欲建立的诉讼体制提供充分的条件。而民事司法改革的历史也表明,如果不能在民事诉讼法中理顺诉讼体制,单靠具体制度的变革来促成诉讼结构的合理,不但缺乏合法的依据,而且事倍功半。

---

③ 1998年6月在《法学研究》编辑部举办的“民事审判制度改革研讨会”上,最高人民法院研究室处长曹守晔法官及李浩教授都提出司法改革应先行修改民事诉讼法。在2001年4月举行的“纪念民事诉讼法颁行十周年学术研讨会”上,也有许多代表认为不论从国际法制环境需要或是从我国民事司法改革的现实需要,修改民事诉讼法都应提上立法机关议事日程。具体可参见:《民事审判制度改革研讨会纪要》,《法学研究》1998年第5期;郭士辉:《民事诉讼法的修改应提上议事日程》,《人民法院报》2001年4月18日;肖建华等:《民事诉讼法的回顾与展望》,《法制日报》2001年4月22日。

④ 张卫平:《我国民事诉讼法的发展与体制性制约的分析》,《法律科学》2001年第5期。

十几年的民事司法改革不但凸显了我国民事诉讼体制的弊端,也为建构较为科学的诉讼体制提供了一个较为清晰的思路。在改革的不断碰壁和走弯路的过程中,人们清醒地认识了我国诉讼制度发展的最大瓶颈,了解了如何根据中国的现实情况来设置具体的诉讼制度,而世界各国的民事司法改革经验也为我国设计合理的诉讼机制提供了良好的借鉴,修改民事诉讼法的条件已经成熟。通过民事诉讼法的修改来理顺我国现行的诉讼体制,是民事司法改革的理性选择。

其次,民事司法改革中的许多措施突破了民事诉讼法的规定,损害了司法权威。通过民事诉讼法的修改,在民事诉讼法的框架内完善诉讼制度,是法治原则的要求。在多年改革中,且不说各地法院所推出的各种改革举措,单是最高人民法院所出台的大量司法解释便备受质疑。我们可以列举近年来的两个司法解释加以简单分析:一是2001年12月30日最高人民法院发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》,对于规范举证、质证和认证具有重要的作用,不但体现了完善我国民事诉讼证据制度、实现公正与效率的要求,而且也是深化民事审判制度改革和因应我国加入世贸组织的需要。<sup>⑥</sup>但是,该司法解释中关于证明责任分配中法官自由裁量原则、举证期限、证明标准及审查判断证据规则等规定都突破了民事诉讼法的规定。二是2002年2月25日最高人民法院发布的《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》,其目的在于优化司法资源配置,排除地方干扰,维护司法统一,提升我国法治的权威性和公信力。<sup>⑦</sup>该规定将涉外民商事案件统一交由国务院批准设立的经济技术开发区人民法院、省会、自治区首府、直辖市所在地中级人民法院、经济特区、计划单列市中级人民法院、最高人民法院指定的中级人民法院以及高级人民法院管辖,明显改变了民事诉讼法关于涉外民商事案件管辖的规定。此外,最高人民法院正在制定的《关于适用简易程序审理民事案件的若干意见》征求意见稿中不但扩大了基层法院适用简易程序

---

<sup>⑥</sup> 《最高人民法院民一庭负责人就民事诉讼证据的司法解释答本报记者问》,《人民法院报》2002年1月4日。

<sup>⑦</sup> 《我国涉外民商事案件将集中管辖》,《人民法院报》2002年2月26日。

序审理民事案件的范围,而且二审法院审理上诉案件也可以适用简易程序,显然违背了民事诉讼法关于简易程序只能由基层人民法院审理简单民事案件时适用的规定。如果说考虑到中国法律条文的抽象与不够具体,最高人民法院尚可根椐案件审理的需要作出进一步的解释,但最高人民法院作出与法律明确规定不同的司法解释却是遍寻不着法律依据的。

民事诉讼法颁布后,最高人民法院出台了大量相关的司法解释,基本上涉及了民事诉讼的各个方面,随着司法改革深化的需要,司法解释已有取代民事诉讼法之势,也许司法解释在审判实践的实际需要方面比民事诉讼法的规定更具有合理性,但法律如果可以根据需要来选择适用或任意抛离,法治原则也就不复存在,司法权威也将成为无源之水。通过民事诉讼法的修改对过于庞杂的司法解释进行一次系统的清理,以法律的形式来规制改革,是司法改革得以进行和取得成功的必要前提。